

doi:10.16060/j.cnki.issn2095-8072.2017.04.004

我国高校海外办学中的法律适用

金孝柏

(上海对外经贸大学国际经贸研究所, 上海 200336)

摘要: 国际合作办学涉及国内法与国际法的适用。我国高校海外办学也会涉及国际法与国内法的适用问题, 包括东道国的市场准入、教育服务质量监督与保障、学历学位的认可等领域。国际法层面主要涉及多边贸易协定和我国缔结的双边贸易投资协定; 国内法层面涉及我国高校海外办学东道国和我国的对外投资与高等教育服务贸易方面的立法。国际合作办学的经验表明, 完善国内法制、加强国际合作, 有利于推进我国高校的海外办学。

关键词: 海外办学; 教育服务; 贸易; 法律适用

中图分类号: DF961

文献标识码: A

文章编号: 2095—8072(2017)04—0036—10

一、引言

国际合作办学是国际教育服务的提供模式之一, 主要以商业存在即在东道国独立或合作建立海外教育服务实体的方式向居住在东道国的学生提供教育服务, 可以采用联合课程项目、海外校园(分校)、特许办学等多种形式, 对于我国而言, 主要是境内的中外合作办学。国际上对海外办学并无统一的规定, 甚至也没有明确的、统一的理解, 但可以确定的是, 办学主体主要是高等学校, 政府主要起促进或推动作用。^①我国高校的海外办学主要是指我国境内^②的高校以高等教育服务提供者和投资者的身份到其他国家或地区独立或与当地的高校或其他机构共同投资设立学校的模式提供学历或非学历的高等教育服务。我国海外办学比较成功的是孔子学院, 既带动了来华留学人数的增长, 也促进了中外高校之间的交流与合作,^③但孔子学院不是严格的服务贸易意义上的海外办学机构, 属于海外语言文化培训机构。从服务贸易角度看, 我国高校在海外办学比较成功的分校有老挝苏州大学、厦门大学马来西亚分校、云南财经大学曼谷商学院、北京语言文化大学曼谷学院和东京分校等。

由于在大多数国家国际合作办学的领域是高等教育服务和成人教育服务, 因此, 国内外学者主要从高等教育、职业教育和成人教育服务贸易的角度研究国际合作办学。目前, 国际合作办学已经由原先主要通过非法人型的海外分校和联合课程项目的

① 韩映雄, 石梅. 论高等教育强国建设京城中的海外办学——以孔子学院为例[J]. 比较教育研究, 2010(10).

② 我国习惯上把香港、澳门和台湾三个地区的投资流入和流出纳入外商投资法律调整的范畴, 加上这三个地区也是WTO成员, 属于不同的法域。本文所称的“我国高校”是指内地高校, “我国高校海外办学”包括内地高校到上述三个地区举办教育服务机构。

③ 韩映雄, 石梅. 论高等教育强国建设京城中的海外办学——以孔子学院为例[J]. 比较教育研究, 2010(10).

形式转变为越来越多地通过法人型的海外独立校园的形式进行,而且主要合作对象是各国的高等学校,^①在我国如宁波诺丁汉大学和上海纽约大学。这种法人型国际合作办学模式成为新近发展很快的国际教育服务贸易新形态。一般而言,国际学者主要从国际经济法和国际经济学(主要是国际服务贸易)的角度研究国际教育服务贸易,包括以海外分校形式进行的国际合作办学。由于我国高校在海外办学的历史较短,国内学者主要从教育学、管理学、法学和经济学角度研究我国境内的中外合作办学。

相对而言,国际学者对国际合作办学的研究比较深入,研究的视角比较宽广,既有宏观的跨境教育服务贸易理论阐述,也有具体国家在国际合作办学过程中遇到的法律问题与对策研究。总体而言,国际学者比较关注国际合作办学中的质量评估、学历学位认证与认可、东道国的政策环境与制度设计以及海外校园的内部管理与制度安排等。我国学者对中外合作办学的关注和研究侧重于我国境内的中外合作办学的现状分析与对策研究、课程规划与设计、教学方法、内部管理、监管机制、权利保护、教育主权、跨文化交流、国内法制保障等具体问题。中外学者针对国际合作办学法律问题的研究主要包括以下几个方面的内容:

(1) 国际合作办学的目的和宗旨。有的国际合作办学方看重东道国的市场需求或为本国过剩的教育资源供给寻求出路,有些西方国家的学校在选择海外办学的合作者时甚至会考虑公民权利与学术自由的保护程度,也有的国际合作办学带有协助发展中国家经济与社会发展的目标。^②国际学者多从贸易角度讨论国际合作办学,较少涉及教育公益性的讨论,而国内学者对中外合作办学的性质则有公益性与营利性的争论。^③

(2) 国际合作办学机构和办学主体的法律地位。国际学者一般都认可海外分校是国际合作办学的主要形式,并且应该保护其独立的法律地位。中外合作办学分为法人型、非法人型和项目型三类,从事学历和非学历教育服务。^④对于中外合作办学项目的性质认定,我国学者基本上同意学历教育属于国民教育的系列,对学历教育项目审批应从严把握,非独立设置的中外合作办学机构(如高校中的二级学院)不具备法人资格。但是,对于独立设置的法人型中外合作办学机构的具体法律地位存在分歧,有人认为是事业法人,也有人认为是非企业法人,兼有企业法人和事业法人的法律特征。^⑤

(3) 国际合作办学中的国内产业政策和法制保障。马来西亚、新加坡、日本等国的经验表明,东道国国内良好的产业政策、较高的市场开放程度和完善的法制有利于引进外国高校入境建立分校,而英国、美国和澳大利亚的教育服务出口导向型的产业政策有利于促进本国高校走出国门建立海外分校。^⑥对于我国境内的中外合作办学

① Verbik, L. & C. Merkley, The International Branch Campus—Models and Trends, The Observatory on Borderless Higher Education, 2006.

② Rosa Becker, International Branch Campuses: Markets and Strategies, The Observatory on Borderless Higher Education, 2009.

③ 余元玲等.我国高等院校中外合作办学法律问题研究综述[J].重庆交通大学学报(社会科学版),2013,13(2).

④ Verbik, L. C. Merkley, The International Branch Campus—Models and Trends, The Observatory on Borderless Higher Education, 2006; Stephen Wilkins, Jeroen Huisman, “The International Branch Campus as Transnational Strategy in Higher Education”, *Higher Education*, 2012,64(5).

⑤ 余元玲等.我国高等院校中外合作办学法律问题研究综述[J].重庆交通大学学报(社会科学版),2013,13(2).

⑥ Christopher John Ziguras, et al., “Transnational Higher Education in the Asia-Pacific Region: From Distance Education to the Branch Campus”, *Higher Education Dynamics*, 2011: 36.

则存在国内政策优惠政策（如税收、外汇、信贷和土地等）的问题。

（4）国际合作办学中的权利保障与保护。国际学者关注与学生利益密切相关的学历学位认证与认可、教育服务质量保障等问题，国内学者则重点研究我国境内的中外合作办学中外方投资者的产权界定、中方合作者出资的国有资产保护、无形资产和中方投资比例等。也有学者建议完善中外合作办学的市场准入制度，加强办学机构的自律意识，完善全国范围的年检制度，建立中外合作办学质量监督和评估机制，完善信息公开制度，加强社会监督。^①

（5）国际合作办学中的法律适用和争议解决。一般认为，世界贸易组织（WTO）系列协定以及各国的“入世”承诺和国内法是国际合作办学的适用法，其他的国际法规范在特定条件下也可能适用。^②我国境内的中外合作办学的有关争议应适用我国法律，包括宪法、对外贸易法、教育法以及有关中外合作办学的法规和规章，但在嫁接式双校园中外合作办学模式中，受教育者的违法行为可能涉及外国法特别是外方投资来源国法律适用的问题。^③

此外，我国学者还研究了我国境内的中外合作办学过程中的法律关系和教育主权问题。一般认为，中外合作办学过程中存在行政法律关系、民事法律关系和涉外法律关系。^④我国现有的教育法律没有规定教育主权的问题，需要将来的教育法律对教育主权的内涵和如何维护教育主权作出明确的规定。^⑤

总体而言，国际学者对国际合作办学研究比较深入，涵盖的内容比较广泛，研究的方法也多样化，而我国学者对国际合作办学法律方面的研究仍然处于初级阶段。首先，研究的视角局限于分布在我国境内的中外合作办学机构（主要是设在国内大学内部的二级学院）和项目，且主要关注国内法制，对国际法和外国法的适用以及其他国家的国际合作办学涉猎很少，甚至对国内高校如何建立海外分校进行合作办学也缺乏研究。其次，研究方法单一。国内的研究文献大多数采用了定性的研究方法，基本上是文献分析、文本解读或者二者兼而有之，也有个别文献采用了经济学的定量方法研究中外办学中的收费等问题，但缺乏比较研究。再次，研究的深度不够，论证过程不够缜密，结论简单雷同，缺乏前瞻性与科学性，也没有结合国际教育服务贸易的整体发展趋势和我国的市场需求与政策变化。这固然与我国教育服务贸易发展的现实状况和政策环境有关，但与国内学者对国际教育服务贸易的整体研究与把握不够也不无关联。限于篇幅，本文主要研究我国高校海外办学中的几个主要法律问题。

① Paul Bennett, et al., “Quality Assurance in Transnational Higher Education”, European Association for Quality Assurance in Higher Education, 2010, Helsinki; G. McBurnie, C. Ziguras, “The Regulation of Transnational Higher Education in Southeast Asia: Case Studies of Hong Kong, Malaysia and Australia”, *Higher Education*, 2001, 42(1); Grant McBurnie, Anthony Pollock, “Opportunity and Risk in Transnational Education Issues in Planning for International Campus Development: An Australian Perspective”, *Higher Education in Europe*, 2000, 25(25); 阙阅. 文凭、学历和学位的相互承认: 欧洲的实践和探索[J]. 开放教育研究, 2004(5); 林金辉, 刘梦今. 论中外合作办学的质量建设[J]. 教育研究, 2013(10).

② 黄进, 李晓述. 中外合作办学基本法律问题探析[J]. 河北法学, 2010, 28(4).

③ 易凌. 中外合作办学中面临的法律问题及解决途径[J]. 教育研究, 2012(6).

④ 余元玲等. 我国高等院校中外合作办学法律问题研究综述[J]. 重庆交通大学学报(社会科学版), 2013, 13(2).

⑤ 金孝柏. 教育主权初论[J]. 国际商务研究, 2004(6).

二、我国高校海外办学的法律适用

我国高校海外办学属于国际教育服务贸易的范畴，是以商业存在的模式跨境提供高等教育服务，涉及高等教育服务贸易要素的跨境流动，必然涉及法律的适用问题。对于以商业存在模式进行的跨国高等教育服务贸易，包括我国高校的海外办学活动，法律的适用包括国际法和国内法的适用。

在国际法层面，海外办学涉及多边条约、区域协定和双边贸易投资协定。在区域贸易协定中，承诺对其他成员开放高等教育服务的协定包括《东南亚国家联盟协定》、《北美自由贸易协定》等。由于海外办学属于跨国教育服务贸易，是WTO体制下国际服务贸易规则规制的对象，因此，《服务贸易总协定》（GATS）及其附件当然适用于海外办学活动。同时，由于教育服务本身的复杂特性，是否对外开放本国的高等教育服务市场是由各WTO成员自主决定的，因此，特定WTO成员开放本国高等教育服务市场的“入世”承诺构成WTO协定的内容，对该WTO成员具有国际法上的约束力，我国高校在该成员境内进行独立或合作办学应该适用该成员的“入世”承诺。同时，海外办学涉及资本的跨国流动，是教育服务国际投资的重要领域，适用的国际法也包括保护跨国投资的国际条约与协定。

另一方面，在160多个WTO成员中，承诺开放高等教育服务市场的不到三分之一，对于没有承诺开放高等教育服务市场的WTO成员而言，是否允许我国高校在其境内进行独立或合作办学还可以通过区域和双边贸易协定来作出规定，而此类区域和双边贸易协定属于规定我国高校在其境内进行独立或合作办学的适用法律的范围。值得指出的是，在我国高校海外合作办学的适用法律中，可能既包括WTO相关的协定，也包括区域和双边贸易协定，因为WTO成员也可能与我国一样，同时是WTO成员和特定区域贸易协定的成员，甚至也与我国签订了包括开放高等教育服务市场在内的双边贸易协定。比如，东盟与我国签订了双边贸易协定，其成员国也是WTO成员，新加坡也与我国签订了开放本国高等教育服务的双边协定。

在国内法层面，由于我国高校海外办学涉及在东道国设立教育机构，在法律适用方面应遵循国际法上的属人管辖和属地管辖两项原则，因此我国高校海外办学适用的国内法律包括两个方面的内容，一是我国鼓励和保护对外投资以及针对海外办学的法律规范，如《境外投资管理办法》、《高等学校境外办学暂行管理办法》（2002年）；二是我国高校海外办学的东道国的法律，一般包括鼓励和保护外国投资的法律以及专门规制教育产业和高等教育服务的法律，如美国的《教育和文化相互交流法》及《国际教育法》。对于我国而言，在解放后相当长的时间内不承认教育的产业属性，有关教育的立法也没有把教育当作服务产业和服务贸易来规制，教育服务贸易逆差很大。目前，关于我国高校海外办学方面的立法，除了教育部的《高等学校境外办学暂行管理办法》（2002年）之外，仍然没有高位阶的立法。更为严重的是，《高等学校境外办学暂行管理办法》内容粗疏，海外办学机构实施本科以上学历教育的仍然需要教育部的批准，而《境外投资管理办法》规制的对象是企业，并且一般性的境外

投资实行备案制,能否适用于我国高校的海外办学值得进一步研究。值得一提的是,我国目前正在推进“一带一路”倡议,而且《关于做好新时期教育对外开放工作的若干意见》(2016年)明确提出“鼓励社会力量参与境外办学,稳妥推进境外办学”和“实施‘一带一路’教育行动,促进沿线国家教育合作”,这为我国高校海外办学提供新的方向与路径,同时也对有关海外办学的立法提出了新的要求。由此,笔者建议尽快制定《教育服务贸易法》、《海外投资法》和《教育投资法》。

众多国家的海外办学实践表明,对于海外办学目标国的选择,计划设立分校的外国高校除了要考虑目标国的语言、市场成熟度、市场前景、竞争状况、市场经验与心理距离外,最重要的是东道国的法律环境。^①因此,我国高校在选择海外办学的目标国时,应首先考虑目标国的WTO市场准入承诺或与我国签署或参加的区域或双边贸易协定是否涉及高等教育服务市场开放的内容,同时也要考虑目标国的教育服务产业政策与教育法制。

三、我国高校海外办学的东道国市场准入

市场需求是产业发展的决定性力量,但对于国际教育服务贸易而言却不总是这样。一方面,教育服务本身具有复杂的政治、经济、社会和文化属性,涉及文化传承,有一定的民族属性,国外的教育服务提供者可能带来不同于甚至不符合国内政治需要和文化目标的内容;另一方面,让全体国民享有平等的教育服务又是一国政府必须对本国国民承担的义务,对外开放教育服务实际上在某种程度上转嫁了这种国家义务。更何况,国外的教育服务提供者往往带有盈利的目的和目标。因此,无论是在WTO体制下,还是在区域贸易协定中,涉及教育服务市场的事务属于各国的主权范围,各国对高等教育服务市场的开放往往比较谨慎。因此,在我国高校海外办学的东道国市场准入方面,主要涉及以多边和双边国际条约为形式的国际法和东道国规范和管理办学活动的国内法,不涉及我国的法律。

在规范我国高校海外办学的国际法层面,主要包括WTO协定和成员方“入世”承诺,以及我国与有关国家签订的包括高等教育服务在内的双边贸易和投资协定。在160多个WTO成员中,承诺开放高等教育服务的成员不到三分之一,就连高等教育服务提供能力很强的美国也没有承诺开放本国高等教育服务市场。在承诺开放高等教育服务的WTO成员中,在商业存在的市场准入方面,法国、澳大利亚和柬埔寨等国均允许外国高校在其境内办学,而且没有限制性措施。在双边协定中,中国与新西兰、瑞典、新加坡等国家的自由贸易协定中都涉及互相开放高等教育服务市场的内容,包括以商业存在的形式在对方境内独立或合作办学。

根据GATS的规定,WTO体制下市场准入的待遇方面通常涉及是否给予外国服务和服务提供者国民待遇的问题,在实践中包括超国民待遇、国民待遇和次国民待遇。

^① 赵丽. 澳大利亚发展海外分校的实践与经验[J]. 全球教育展望, 2014(8).

在高等教育服务领域，无论是WTO成员，还是区域贸易协定和双边自贸协定的有关成员，大多对外国高校在其境内办学实行一定程度的限制，即对外国高校在其境内的办学活动给予次国民待遇。韩国对在其境内设立办学机构设置一定的限制条件，如要求举办者必须是学校法人，在首尔及其邻近地区不能新设技术类大学和企业大学以外的教育机构，可以与韩国境内的高校开设合作办学项目仅限于已取得外国公立机构或政府认证或批准的外国大学，教育主管部门可以限制外国教育机构的招生人数。日本限制比较少，主要是要求设立正式教育机构的必须是学校法人。澳大利亚对外开放提供私立高等教育的高校，在市场准入和国民待遇方面均无限制。

值得注意的是，由于是否对外国投资开放本国的教育服务市场是东道国的主权利，除了在WTO承诺、区域或双边贸易协定中允许外国高等教育服务机构以海外办学的形式入境提供教育服务外，东道国可以在不违反有关国际协定的前提下根据本国法律对入境办学的外国教育服务投资者的主体资格、投资总额和比例进行一定的限制，还可能通过具体的行政程序便利或阻碍国外的教育服务提供者设立教育服务机构，如严格的资格审查、审批和登记程序，如马来西亚要求国外高校的投资比例不超过49%，日本、韩国要求在其境内设立分校的外国教育服务机构必须是学校法人。

对于东道国而言，教育贸易涉及文化遗产与意识形态问题，对开放教育服务市场多数持谨慎态度，实行严格的限制性市场准入。很多WTO成员拒绝在“入世”时承诺对外开放本国的高等教育服务市场，或者即使承诺开放了高等教育服务，也会在商业存在方面设置许多限制甚至是障碍，通过严格的国内立法规范和管理外国高校在其境内的办学活动，如对外国的教育服务投资者的投资主体资格、投资总额、投资比例、投资收益、学位与学历认可、办学机构的内部治理结构、合作办学机构的财产所有权与处置等方面设置非常严格的限制性条款，如韩国和日本均要求在本国境内设立学校的外国合作者必须是学校法人，越南要求外国高校在其境内举办的高校在提供教育服务内容时必须获得教育和培训部的批准，我国的《中外合作办学条例》规定中外合作办学机构的主要负责人必须具有中国国籍，等等。

四、我国高校海外办学的质量监督与保障

质量是教育服务贸易的核心。高等教育服务的质量事关服务对象即学生的核心权益，对跨境教育服务质量的监督与保障是国内法和国际法需要共同规制和协调的目标。从法律适用的角度看，我国高校海外办学的质量监督涉及国际法的问题，同时也涉及我国和东道国的法律。由于海外分校必须符合东道国对办学的规定和要求，如果要颁发母校的学历学位需要满足母校所在国法律的学历学位要求和程序规定，因此在质量监督方面的国内法包括东道国和来源国的法律。

在国际法层面，目前并没有适用于高等教育服务质量保证的全球性法律框架，但是，从保护学生合法权益与国际教育服务贸易的市场秩序的角度，必须建立一个行之有效和执行有力的国际教育服务贸易的法律框架才能更好地促进跨境教育服务贸易的

发展。一些国家如日本提出,应该建立善于合作、相互尊重并保障跨国或跨地区教育服务质量的国际性法律框架,并在全球教育部门和品质保证机构建立一个全球信息网络。联合国科教文组织的《跨境高等教育质量条例指南》(Guidelines for Quality Provision in Cross-border Higher Education, 2005年)为此做出了贡献,该《指南》建议,在政府层面建立完全、可信的跨境高等教育质量保障和认证机制,在高校层面保证在国内和国外的教育服务质量相同,在质量保障和认证机构层面加强国际合作,保证评估时参考标准和程序的透明性和统一性。^①但该《指南》并不是强制性适用的法律,因此,如何构建一个广泛认可、具有可执行力的跨国教育服务质量保障的国际条约是一个迫切需要解决的问题。

在国内法层面,英国、美国、德国、法国、澳大利亚、新西兰、日本等主要国际高等教育服务贸易大国通过制定规范办学、保护学生权益的法律规范体系和建立高等教育服务质量保障机制监督外国教育服务提供者及其办学活动来监督和保障高等教育服务质量。由于各国法律内容和监管体制客观上存在的差异性,在教育服务质量的监督主体、程序和标准方面存在很大的不同。欧盟、美国、澳大利亚、新西兰都有一套适合本身实际的教育服务贸易产业促进和权益保障的法律规范体系,成功的范例包括澳大利亚的《学生权益保护法》和新西兰的《教育出口革新计划》。一般认为,美国高等教育服务市场化程度较高,美国的高等学校通过各种途径竞相向海外拓展市场,联邦政府并不直接干预而是通过颁布与国际教育服务有关的法律如《教育和文化相互交流法》及《国际教育法》等去调节和规范境内外的教育服务贸易行为。英国在1995年颁布《高等教育境外合作办学实施准则》,1997年改设英国高等教育质量保证署(QAA),监督海外办学质量,通过海外评审控制海外办学质量。^②欧盟建立了34个教育服务质量保证中心,实施教育服务的质量保证评估、认证、审计和基准测试。澳大利亚2000年成立大学质量保障署(AUQA),对全国的大学教学、科研与管理进行评审。澳大利亚的海外办学实践表明,建立国际组织资格审核、国内政府认定、自我评估等多维的质量保障体系,有利于促进海外办学的健康发展,值得我国借鉴。^③一般而言,运转成功的海外分校都会通过内部质量认证和外部资格鉴定的方式实施教育服务质量监督,如澳大利亚的莫纳什大学的海外质量保障体系,包括海外质量保障委员会主导下的内部质量评估和跨国教育全球联盟(GATE)的外部评估。^④

我国《高等学校境外办学暂行管理办法》第3条规定,高等学校境外办学应当坚持积极探索,稳步发展,量力而行,保证质量,规范管理,依法办学的方针。这是一条十分宽泛的规定,难以起到实际规范的作用。根据目前海外办学比较成功的几所高校来看,办学东道国的法律规制更加重要。我国国务院办公厅印发了《关于做好新时

① 安延. 经合组织与联合国科教文组织跨境高等骄傲与质量保证项目简介[J]. 世界教育信息, 2006(8).

② 张湘洛. 英国大学海外办学实践及启示[J]. 高等教育研究, 2008(5).

③ 赵丽. 澳大利亚发展海外分校的实践与经验[J]. 全球教育展望, 2014(8).

④ 赵丽. 澳大利亚发展海外分校的实践与经验[J]. 全球教育展望, 2014(8).

期教育对外开放工作的若干意见》也对海外办学提出了新的要求。由此可见,我国现有的教育服务质量主要是政府监管为主、市场自主选择为辅的政府主导型的质量督导体系。我国在高等教育质量保障方面仍然存在外部质量保障机制统筹不足,内部质量保障深层文化缺失,质量保障的科学性、有效性仍不足等问题。^①要适应高等教育服务贸易的进一步发展需求,须在明确与保障教育服务提供机构的市场主导地位外,还须建立政府监管与行业自律有机结合的质量保障体系,实行第三方教育服务质量评价,引入国际教育服务质量认证标准,培育认证机构,加强对外交流与合作,加入区域高等教育服务质量认证体系,与他国签订高等教育服务质量保障与认证合作协议。

五、我国高校海外办学中的学历学位认可

从个人需求的角度看,学生希望通过接受优质的教育增长知识和技能,获取个人在就业市场上的竞争优势。作为国际教育服务的核心产品,学历和学位的国际认可程度会直接影响学生的就业竞争力,其接受和认可程度越高,学生的国际就业竞争优势越明显,这反过来也会提高相关教育服务机构的国际市场份额。实践中,许多国家通过学历学位的认证和认可来规范教育服务的进口和调节教育服务市场的供求关系。

在全球化不断深化的今天,高等教育服务和就业市场的国际化程度也在不断加深。由于学生在选择就业中可能发生的跨境流动,获得学历学位就会涉及在不同国家是否达到认可的问题,因而需要共同的国际规则和公平的国内规则,这也必然导致规范学历学位认可的法律包括国际法和国内法两个层面。

一般而言,以商业存在形式的海外办学机构在东道国提供高等教育服务的国外教育服务提供者颁发的学历学位在东道国应该不存在认可和认证的问题,因为东道国已经通过资格审查完成了对办学机构的认可,并且可以有效监督办学机构的教育服务过程与质量,确保办学机构的办学活动符合该国的学位标准。但是,对于外国学生或者到外国寻求就业的东道国学生而言,就会发生学历学位的国际认证与认可问题。在东道国设立海外分校的模式提供高等教育服务的情况下,如果我国高校举办的海外教育机构授予学生的学历学位不被东道国认可(从更广泛意义上讲,也包括其他国家),学生接受教育服务的就业目标无法实现,他们的利益也将因此受到损害,此等学校的高等教育服务市场份额也必然受到影响。人们普遍认识到,要加速高等教育服务的全球化进程,保护学生的合法权益,需要建立有一个更高透明度的国际学历学位认证和认可机制。

在国际法层面,GATS第7条明确规定,对于外国的学历学位,东道国可以自动给予承认,也可以建立在双边协定的基础上,但都不能违反WTO确立的非歧视原则。到目前为止,积极参与促进和实现学历学位认证认可的国际组织包括欧洲理事会、欧盟和联合国教育、科学及文化组织(UNESCO)。欧洲在这方面的成功归因于上

^① http://www.moe.gov.cn/jyb_xwfb/xw_fbh/moe_2069/xwfbh_2015n/xwfb_151204/151204_sfcl/201512/t20151204_222891.html.

述组织的努力,一些欧洲国家相继订立《关于承认三年制以上高等专业教育与培训文凭的一般性体系》(1988年)和《欧洲地区高等教育资格证书相互承认公约》(1997年)。^①在联合国教科文组织的推动下,不同区域的国家之间先后签署了关于学历互认的6个地区性公约,包括《欧洲国家高等教育学历、文凭与学位相互承认公约》(1979年)、《亚太地区承认高等教育学历、文凭和学位地区公约》和《修订的亚太地区承认高等教育资历公约》(2011年)、《欧洲地区承认高等教育资历公约》(1997年)、《非洲国家承认高等教育学历、证书、文凭、学位和其他学术资格的地区公约》(1981年)、《阿拉伯国家承认高等教育学历、文凭和学位公约》(1978年)及《地中海沿岸阿拉伯国家和欧洲国家承认高等教育学历、文凭与学位的国际公约》(1976年)。这些公约适用于同一区域的签署国之间的学历互认,但由于这些公约的区域性特点,处于不同区域的国家之间是否适用仍然是个问题。因此,一些WTO成员也向WTO提交议案或对学历学位认证和认可的时间表做出具体承诺,如日本。

在国际法层面,我国还可以通过和其他国家地区签订学历学位互认协议的方式解决我国高校海外办学机构颁发的学历学位认可问题。截至2015年底,与中国签署了学历学位互认协议国家和地区达到了40多个,包括英国、德国、法国、澳大利亚、新西兰、韩国、日本等主要国际教育服务贸易大国。如果我国高校在海外办学,如果颁发给学生的是我国的学历学位,将在这些国家得到承认;我国也会承认这些国家的学历学位,包括我国高校在这些国家的办学机构的学历学位。

在国内法方面,适用我国和东道国的高等教育和学历学位方面的法律。在从事学历教育的我国高校海外分校完成学业的学生可以获得学历和学位的情形包括:(1)我国境内的高校即海外分校的母体教育投资机构颁发我国的学历学位;(2)海外办学的我国高校与合作的东道国学校同时颁发两个学历学位;(3)我国高校的海外分校颁发独立的学历学位或联合学历学位;(4)与我国高校合作办学的东道国高校颁发的学历学位。在第一种情形下,我国高校颁发的学历学位在东道国会发生认证和认可的问题,应该适用东道国法律规定的认证程序和标准;在第二种情形下,东道国的学历学位在我国也会有认可和认证的问题,应该适用我国法律规定的认证程序和标准。当然,上述学历学位在第三国发生的认证认可问题应该适用第三国的法律程序。

六、结语

我国的高校海外办学处于初级阶段,合作办学是主要形式,办学的东道国主要是教育市场需求较大而提供能力不足的发展中国家。截至2015年10月,我国取消了高校海外合作办学的行政审批,我国高校在海外举办的本科以上项目的办学机构有4个,办学项目98个,分布在14个国家和地区。这充分说明,我国高校的海外办学无论在

^① 阙阅. 文凭、学历和学位的相互承认: 欧洲的实践和探索[J]. 开放教育研究, 2004(5).

数量上,还是在办学层次上都还有很大的发展空间。目前我国正在全力推进“一带一路”倡议,《关于做好新时期教育对外开放工作的若干意见》也明确提出“鼓励社会力量参与境外办学,稳妥推进境外办学”,并且“实施‘一带一路’教育行动,促进沿线国家教育合作”。这对我国高校的海外办学提出了更高的要求,也为相关立法的完善提供了动力。

从法律适用的角度看,目前我国高校的海外办学涉及WTO体制下的系列多边协定及各成员开放高等教育服务市场的“入世”承诺,也涉及我国与相关国家签署的涉及学历学位认可、教育服务质量监督、海外办学东道国的市场准入等问题。总体而言,高等教育服务贸易大国的国内立法体系比较完整,高等教育服务质量保障体制相对完善。反观我国在国内高校海外办学相关的立法方面非常滞后,除了缺乏完整的立法体系外,现有的零散立法也存在层次过低、内容粗疏的缺陷。今后我国应当在立法体系的框架构建、立法内容的整体设计、对外合作的谈判以及权益保护的体制建设入手,尽快制定《教育服务贸易法》、《学生法》、《海外投资法》、《海外办学条例》等法律法规,加快与“一带一路”倡议沿线国家的高等教育服务贸易,参与高等教育服务质量的国际评价体系建设,鼓励我国高校海外办学。

【作者简介】金孝柏:上海对外经贸大学国际经贸研究所副研究员。研究方向:WTO法、服务贸易。

The Application of Law in the Operation of Overseas Campuses by Chinese Universities

JIN Xiao-bai

(Institute of International Business of Shanghai University of International Business and Economics,
Shanghai 200336, China)

Abstract: Operating transnational education joint ventures is subject to the regulation of both international law and domestic laws. Chinese universities running schools in other countries are faced with the application of international law and the laws of China and the host country, including the market access, supervision and safeguard of education services, and recognition and accreditation of diplomas and degrees. The international law mainly includes the multilateral trade agreements and the bilateral trade and investment agreements between China and the host country. Domestic laws include those of China and the host country on foreign trade and trade in higher education services. International experience of running education joint ventures suggests that the improvement of China's domestic legality and enhancement of international cooperation will drive more Chinese universities to running overseas school campuses.

Keywords: overseas campus; education services; trade; application of law

(责任编辑:黄志瑾)